

Publicatie

Auteurs: R. Olivier
Verschenen in: Jurisprudentie Milieurecht, JM 2022/150
Datum: November 2022
Titel: Toepassing van de bouwvrijstelling van art. 2.9a Wnb voor het Porthos-project is in strijd met de Habitatrictlijn

Toepassing van de bouwvrijstelling van art. 2.9a Wnb voor het Porthos-project is in strijd met de Habitatrictlijn

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2 november 2022, 202107079/1/R4, ECLI:NL:RVS:2022:3159 (mr. Uylenburg, mr. Schueler, mr. Meijer)
Noot R. Olivier

Partiële bouwvrijstelling. Voortoets. Porthos-project. Significante nadelige gevolgen. Natura 2000-gebied. Instandhoudingsmaatregelen. Passende maatregelen.

[Habitatrictlijn art. 6 lid 3; Wnb art. 2.7, 2.9a; Bnb art. 2.5]

In deze uitspraak wordt in het kader van de besluitvorming over het Porthos-project (CO2 transport en opslag) een oordeel gegeven over de zogenoemde partiële bouwvrijstelling, die is geregeld in art. 2.9a Wet natuurbescherming en art. 2.5 Besluit natuurbescherming. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) over art. 6 lid 3 Habitatrictlijn volgt dat voorafgaand aan het uitvoeren van een project moet worden beoordeeld of het project significante nadelige gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied (dit is de zogenoemde voortoets). Als significante nadelige gevolgen niet kunnen worden uitgesloten, dan moet een passende beoordeling worden gemaakt. Zowel bij een voortoets als bij een passende beoordeling moeten de gevolgen van het project voor de

individuele Natura 2000-gebieden worden onderzocht. Dit is dus geen beoordeling op een ander, hoger schaalniveau. In de rechtspraak van het Hof zijn ook voorwaarden gesteld over het meenemen van maatregelen in een voortoets of in een passende beoordeling. Bij het pakket aan maatregelen waarmee de wetgever de partiële bouwvrijstelling heeft onderbouwd, gaat het om zogenoemde ‘instandhoudings- en passende maatregelen’ als bedoeld in art. 6 lid 1 en 2 Habitatrictlijn. Het belang van het treffen van zulke maatregelen kan uiteraard worden onderschreven. Om daarmee ook een regeling als de partiële bouwvrijstelling te kunnen onderbouwen, is echter nodig dat die maatregelen daadwerkelijk zijn uitgevoerd en dat de verwachte voordelen daarvan vaststaan op het moment van het onderzoek. Bij het pakket aan maatregelen waarmee de wetgever de partiële bouwvrijstelling heeft onderbouwd, was dit niet het geval. Het overgrote deel van die maatregelen was namelijk nog niet daadwerkelijk uitgevoerd op het moment van het onderzoek.

NOOT

De hier weergegeven uitspraak is de lang verwachte uitspraak over de zogenoemde ‘bouwvrijstelling’ (art. 2.9a Wnb jo. art. 2.5 Bnb). Het belang voor de praktijk is groot. Alhier signaleer ik de uitspraak in een korte noot, in een later nummer van «JM» zal uitgebreider op deze uitspraak worden ingegaan. Een uitspraak die door de landelijke media wordt aangekondigd en die met behulp van een livestream openbaar

wordt gemaakt, moet namelijk ook zo snel mogelijk in «JM» worden gesignaleerd. De belangrijkste conclusie van deze uitspraak is dat de bouwvrijstelling in strijd is met de Habitatrictlijn. De reden is, kort samengevat, met name dat het pakket aan maatregelen dat de wetgever in de vorm van een generieke voortoets ter onderbouwing van de bouwvrijstelling heeft gebruikt niet aan de eisen van de Habitatrictlijn voldoet. De Afdeling oordeelt dat de maatregelen die de wetgever ter onderbouwing gebruikt nog niet zijn uitgevoerd. Ook staan de verwachte voordelen niet vast (r.o. 38-47.2). Hoewel niet heel verrassend, is het teleurstellend om te lezen hoe weinig er van deze maatregelen in de praktijk terecht is gekomen. De onzekerheid dat de maatregelen zullen worden uitgevoerd en de verwachte voordelen zullen hebben, is zo groot dat de Afdeling geen aanleiding ziet om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU (r.o. 42.5). De uitspraak geeft dus geen definitief antwoord op de vraag of, gelet op de specifieke kenmerken van de activiteiten waarvoor de bouwvrijstelling geldt, in dit geval toch een onderzoek op een hoger schaalniveau mocht worden uitgevoerd (in plaats van een beoordeling op het niveau van individuele Natura 2000-gebieden). Ook geeft de uitspraak geen antwoord op de vraag of in dit geval toch alvast mocht worden vooruitgelopen op de verwachte voordelen van maatregelen die nog niet zijn uitgevoerd (r.o. 5.2). Verder is interessant dat de Afdeling oordeelt dat de bouwvrijstelling niet leidt tot het opknippen van een project (r.o. 36-36.3). De consequentie van deze uitspraak is dat de Afdeling de bouwvrijstelling wegens strijd met art. 6 Habitatrictlijn buiten toepassing laat, omdat deze is gebaseerd op een ontoereikende generieke voortoets. Voor het project waarover deze procedure gaat (Porthos, CCS) betekent dit nog niet het einde. Kort voor de zitting (dertien dagen) heeft Porthos namelijk alsnog een

projectspecifiek stikstofonderzoek overgelegd, waarin ook de bouwfase is beschreven. Uit de uitspraak lijkt te volgen dat dit onderzoek het karakter van een voortoets heeft (r.o. 52). Omdat appellante en de bevoegde gezagen zich nog niet hebben kunnen uitlaten over dat onderzoek, heropent de Afdeling het onderzoek en geeft zij partijen de gelegenheid om op deze voortoets te reageren. Voor de rest van het land betekent deze uitspraak dat geen beroep meer kan worden gedaan op de bouwvrijstelling (die overigens veel ruimer werd toegepast dan voor wat in de volksmond onder 'bouwen' en 'bouwsector' zou worden verstaan). Dat betekent dus dat die projecten, (ook) voor de bouwfase, (alsnog) een stikstofonderzoek zullen moeten doen. Dat kan ertoe leiden dat een voortoets of passende beoordeling moet worden gemaakt (waarbij intern salderen, extern salderen, een ecologische beoordeling en de ADC-toets in beeld kunnen komen). In zoverre vallen we dus weer terug op het systeem zoals dat tot 1 juli 2021 gold.

R. Olivier